

**OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA
HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01765/INFOEM/IP/RR/2015.**

1. He concurrido con mi opinión particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en la cuadragésima sexta sesión ordinaria del 15 de diciembre del año en curso, en el recurso de revisión promovido por Miguel Gil Mejía en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Capulhuac. Méx., procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01765/INFOEM/IP/RR/2015.
2. La resolución declara parcialmente fundadas las razones o motivos de inconformidad hechos valer por el señor Miguel Gil Mejía y modifica la respuesta del citado Ayuntamiento, ordenándole atender la solicitud 00024/CAPULHUA/IP/2015 y entregar en versión pública los siguientes documentos:

1.- El Título Profesional del Tesorero Municipal, o en su caso la Declaratoria de Inexistencia.

2.- Recibos de nómina o nómina de la Tesorera Municipal, de la última quincena previa a la fecha de la solicitud de información, siendo esta la del primero al quince de octubre de dos mil quince.

3.- Asimismo, informe las atribuciones de la tesorera municipal de acuerdo al marco legal que rige su actuar.

Para el caso que dicha información contenga datos personales, deberá emitir el Acuerdo de Clasificación correspondiente a través de su Comité de Información en términos del artículo 30, fracción III de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en el que funde y motive las razones sobre los datos que se supriman o eliminen dentro del soporte documental respectivo objeto de las versiones públicas que se formulen y se ponga a disposición del recurrente.

3. Mi opinión particular se deriva de un aspecto contenido en el Considerando Quinto, que determina entre otras cosas ordenar la entrega del Título profesional que avala los estudios del Tesorero Municipal, documento que deberá acompañarse del Acuerdo del Comité de Información en el que funde y motive las razones sobre los datos que se supriman o eliminen dentro del soporte documental respectivo objeto de la versión pública, lo que implica testar la fotografía, como una medida necesaria para protegerla, dada su naturaleza como dato personal, lo que considero debe conducirnos a una reflexión de mayor profundidad.

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción III y 30 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la

Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente opinión particular.

I. La naturaleza del Título Profesional.

5. El Título Profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tenga reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con la legislación aplicable, con lo que se atiende la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que traslada a la ley la determinación de las profesiones que necesitan título para su ejercicio, la respectiva ley reglamentaria del dispositivo constitucional, en su artículo primero señala la definición que se reproduce en el presente párrafo, mientras que el artículo tercero del mismo ordenamiento condiciona la obtención del título profesional o grado académico equivalente para la obtención de la cédula de ejercicio.
6. En este sentido, el artículo 11 de la ley señalada establece los requisitos que debe reunir el título profesional, entre los cuales se incluye el retrato del interesado como elemento indispensable de identidad de la persona a quien se le expide.

II. La naturaleza de la función pública que se desempeña.

7. En el caso en estudio, el Señor Miguel Gil Mejía requirió entre otras cosas, la copia del certificado de máximo grado de estudios del C. Tesorero Municipal de Capulhuac.
8. Es necesario señalar que, la Ponente analizó con mucha claridad y precisión los requisitos establecidos en los artículos 32 y 96 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, que deberán de cubrir algunos servidores públicos de la administración municipal, como es el caso del Tesorero Municipal, quien deberá de contar con título profesional en las áreas jurídicas, económicas o contable administrativas. Sin embargo, resuelve en la resolución que el Título Profesional que deberá entregar el SUJETO OBLIGADO en cumplimiento de la misma, deberá ser entregado en versión pública, esto es testando la fotografía del Tesorero Municipal y el acuerdo de clasificación de la información en términos del artículo 30 fracción III de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

III. Acceso a la información versus protección de datos personales.

9. Para que quienes integran a la sociedad puedan participar en el debate público, manifestar sus ideas y ejercer un adecuado control de las acciones de gobierno y

fomentar un proceso permanente de rendición de cuentas, se requiere del ejercicio pleno del derecho de acceso a la información pública, así lo considera el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo sexto, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México en su artículo quinto y demás disposiciones aplicables.

10. El acceder a la copia del título profesional de quien ocupe la Tesorería Municipal permitirá al señor Miguel Gil Mejía conocer con toda certeza y de manera indudable si la persona que se desempeña en ese cargo cuenta con la idoneidad de desempeñar dicho cargo y las actividades y atribuciones que se deriven de este. Elementos indispensables y necesarios para que se encuentre en condiciones plenas de ejercer, de manera informada, su derecho a la libertad de expresión y, en su caso, el control constitucional popular de los actos de gobierno. Como se ha señalado antes, la concurrencia de todos los elementos que integran dichos documentos permiten apreciar en todo su valor el contenido de los documentos públicos requeridos.
11. Frente a esa situación, el resto de los integrantes del Pleno del Instituto coincidieron en la necesidad de ordenar una versión pública del Título Profesional y testar la fotografía como una medida de protección de la misma en su condición de dato personal, desde su punto de vista no es necesario que el ciudadano acceda a la fotografía para determinar la idoneidad del funcionario. Desde mi perspectiva la

reflexión debe situarse en otro terreno ya que, en efecto, no es la fotografía la que permite determinar la respectiva idoneidad profesional, pero si la concurrencia de todos los elementos que integran la documental, lo que permite constatar la acreditación profesional, entre los cuales, la fotografía resulta esencial para determinar la identidad de quien obtiene un Título Profesional.

12. Suponiendo sin conceder, que se trate de una probable colisión de derechos entre el de acceso a la información, del señor Gil Mejía, y el de protección de datos personales, del servidor público, es necesario destacar que ambos cuentan con el mismo valor, son concebidos en los mismos ordenamientos y, en consecuencia, uno no puede prevalecer frente al otro en todos los casos y es obligación del operador constitucional determinar, en cada caso, el grado de intensidad que debe respetarse para que ambos principios prevalezcan y no exista una decisión predeterminada que resuelva, en todos los casos, los asuntos; ya que ello implicaría la determinación de jerarquías entre los derechos que no pueden existir ya que eso nos situaría en un estado de franca inconstitucionalidad según lo establecido en el artículo primero de la Constitución Federal y contrario a las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

13. En estos casos, el intérprete externo y los ius publicistas recomiendan realizar un juicio de ponderación que se rige por la exigencia de observar tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de estricta proporcionalidad. La

medida propuesta debe cumplir con los tres y la ausencia de uno sólo de ellos impediría la existencia del derecho, el cumplimiento de los tres permite identificar la medida indispensable que permita que los derechos en cuestión prevalezcan.

A) Juicio de idoneidad.

19. El derecho de acceso a la información se plantea a través de la solicitud del señor Gil Mejía para acceder al documento que acredite el máximo grado de estudios del C. Tesorero Municipal de Capulhuac. En ese sentido, el título profesional es el documento idóneo para acreditar lo anterior. Dicho documento se integra por una serie de elementos que se han descrito antes, cuya concurrencia simultánea permite acreditar tanto la ostentación del grado como la antigüedad del mismo y la identidad del titular de la patente, la ausencia de cualquiera de los elementos dificulta que el documento cumpla con el propósito para el cual fue expedido. Por lo tanto, acceder al documento íntegro es la medida idónea para que el señor Gil Mejía satisfaga su interés de verificar que la persona que desempeña tal cargo cumple con los requisitos señalados en la ley, lo cual permite asegurar el ejercicio del control popular sobre los actos de gobierno, fortalece la cultura de la rendición de cuentas al acreditar que los funcionarios públicos cumplen con el perfil señalado en la ley para desempeñarlo y fortalecen el debate informado de la sociedad democrática. Restar cualquier elemento a la documental, reduce su valor y disminuye sensiblemente la información que aporta al debate público.

B) Juicio de Necesidad.

20. Para que el señor Gil Mejía vea satisfecha su pretensión y su derecho sea respetado, es **necesario** que acceda al documento que acredita el grado académico y a todos los elementos que lo componen, el nombre asentado en el documento puede ser contrastado con cualquier otro documento en posesión del señor Gil Mejía para verificar que se trate de la misma persona; lo mismo ocurre con el caso del año de expedición para efectos de acreditar la antigüedad de su expedición; y la fotografía permite apreciar que los rasgos físicos corresponden a la persona que ocupa la función pública, además de que es un elemento adicional para apreciar la posible antigüedad de la expedición, toda vez que es natural y razonable que los cambios en los rasgos físicos correspondan con el paso del tiempo entre la expedición del Título Profesional y el momento actual. Impedir el acceso a alguno de los elementos que integra el documento resta todo su valor y utilidad para los propósitos legítimos del señor Gil Mejía por lo que resulta **necesario** que se conserven en el documento que será entregado.

C. Juicio de estricta proporcionalidad.

21. La medida propuesta debe ser estrictamente proporcional y constituir la mínima afectación posible al otro derecho involucrado, de tal forma que el de protección de datos personales retroceda en la estricta e indispensable proporción para que el de acceso a la información prevalezca, sin que, desde luego, desaparezca el primero. En este caso es evidente que para que el señor Gil Mejía pueda acceder al título

profesional con la finalidad de generarse los elementos necesarios que le permitan manifestar, de manera libre e informada, su expresión o sus ideas, y en este caso en particular para realizar el control popular de los actos de gobierno, y verificar que en efecto el título entregado en cumplimiento a la resolución corresponda al del servidor público que fue señalado en la solicitud de información y que sea la misma persona que se observa en la fotografía, en ese tenor, es estrictamente necesario que acceda al documento que lo acredite, el cual se integra por una serie de elementos cuya concurrencia simultánea generan una certeza. Por lo tanto, permitirle el acceso a la documental íntegra es la medida estrictamente proporcional indispensable que satisface completamente estos requerimientos. Es la mínima necesaria ya que, por ejemplo, no traslada el requerimiento a otros datos adicionales que pudieran contenerse en, por ejemplo, certificados de estudios, entre los cuales podríamos señalar las calificaciones correspondientes a determinadas materias o algún otro elemento adicional.

22. En sentido contrario, testar la fotografía impide que el señor Gil Mejía cuente con los elementos necesarios e indispensables para apreciar que la persona que ocupa dicho cargo corresponda con la señalada como titular del documento respectivo.
23. En consecuencia, es que resulta legítimo ordenar la entrega del documento señalado en el resolutivo segundo sin que se ordene la versión pública de éste es decir, sin

testar la fotografía, con la finalidad de respetar plenamente el derecho del señor Gil Mejía de acceso a la información.

24. Apoya esta opinión lo señalado por el en ese entonces Instituto Federal de Acceso a la Información en el criterio 1/13 "Fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial" y el 5-09 "Fotografía de servidores públicos es un dato personal confidencial", el segundo de los cuales reconoce que esto se aplica "salvo en los casos que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión".

IV. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

25. Podría señalarse que esta opinión constituye una restricción al derecho de protección de datos personales de los funcionarios públicos, lo cual es cierto ya que las mismas disposiciones señalan que es dable establecer límites, siempre y cuando se sujeten a procedimientos estrictos para la adecuada defensa de la dignidad humana y la propia viabilidad de la sociedad democrática.
26. Para justificar la presente opinión, vale la pena acudir a criterios de interpretación constitucional bajo el recurso del intérprete externo, según lo recomienda el Dr.

Nestor Pedro Sagüés.¹ Para ello se acude a la interpretación de las más Altas Cortes, en primer lugar el Tribunal Constitucional Alemán y en segundo término el Tribunal de Estrasburgo.

27. El Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia sobre el espionaje acústico masivo, de 3 de marzo de 2004 (BVerfGE 190, 279) señala:

"a) Para ver si una medida limitadora de derechos fundamentales es proporcionada, resulta decisiva la intensidad de la injerencia. Por ello es de importancia saber cuántas personas se ven afectadas y cuán intensas son las afecciones, y si estas personas han dado motivos para ello (vid. BVerfGE 100, 313, 376). El peso de la afectación depende de si los afectados permanecen anónimos como personas, de qué circunstancias y contenidos de la comunicación pueden ser abarcados y que perjuicios amenazan a los titulares de derechos fundamentales desde la medida de vigilancia o que ellos razonablemente temen (vid. BVerfGE 100, 313, 376; 107, 299, 320). Además, la situación también es diferente dependiendo de si las medidas de investigación tienen lugar en una vivienda privada o en espacios industriales o comerciales y de si se ven afectados terceros no sospechosos y del número de estos".²

¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*. México, Coed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. 2013. Págs. 263 y 264.

² La versión en español de la resolución se obtiene de ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ, Leonardo. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio*

28. En el caso de la solicitud de acceso a la información promovida por el señor Gil Mejía, es evidente que la persona que ocupa el cargo de Tesorero Municipal no sólo ha ingresado al servicio público, sino que además detenta un cargo de alta responsabilidad; por lo que hace a la circunstancia de la información requerida, el título profesional se rige por la concurrencia de una serie de elementos, todos los cuales resultan indispensables para acreditar que una persona determinada cuenta con la patente respectiva; debe señalarse que la documental se ubica en un archivo público y es empleada para efectos de diferentes trámites.

29. Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar temas relacionados con el uso de fotografías ha centrado su análisis en determinar el ámbito en el que éstas se localizan, según se aprecia en la sentencia del Asunto Von Hannover c. Alemania, de 24 de junio de 2004, señalando lo siguiente:

"52. En el caso de fotografías, la Comisión, para determinar el alcance de la protección que otorga el artículo 8 contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, examinó si eran referentes a un ámbito privado o a incidentes públicos, y si los elementos así obtenidos estaban destinados a un uso limitado o podían ser accesibles al público en general (ver, mutatis mutandis, Sentencia Friedl contra Austria de 31 de enero de 1995, serie A núm. 305-B, acuerdo

de milenio. Madrid. Coed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial Español. 2008. Págs. 179 y 180.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

Instituto Literario Pte. No. 510,
Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México

Calle de Pino Suárez s/n actualmente
Carretera Toluca - Ixtapan No. 111
Colonia La Michoacana, C.P. 52166
Metepéc, Estado de México

amistoso, Dictamen de la Comisión, pg. 21, aps. 49-52, PG y JH anteriormente citada, ap. 58 y Peck, previamente citada, ap. 61)”.³

30. En el presente recurso, puede señalarse que la expedición del título profesional tiene como finalidad el acreditar que una persona determinada cuenta con grado académico respectivo, lo que resulta indispensable para efectos de su práctica profesional toda vez que es perfectamente razonable que, aún en terreno de las relaciones entre particulares, cuando establezca cualquier relación de prestación de servicios, la contraparte contratante ejerza su derecho a verificar que la persona con la que está estableciendo una relación determinada, cuenta con el grado académico respectivo, lo que debería de constituir una obligación agravada de comprobación del perfil profesional cuando la prestación de los servicios profesionales se sitúa en el ámbito de la esfera pública en cargos que no son resultado de un proceso de elección popular, sino que se ubican en la esfera de la administración pública y, más aún, cuando se trata de cargos directivos que, para ser ocupados, deben cumplir con determinados requisitos de profesión expresamente señalados por la ley. Visto lo anterior es evidente que nos encontramos en la esfera de los incidentes públicos y no en el ámbito privado.

³ La versión en español de la sentencia puede consultarse en SARMIENTO, Daniel et al. *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y Jurisprudencia*. Navarra. Coed. Thomson y Civitas, 2007. Pág. 465.

31. Es en atención a esas consideraciones antes señaladas que el título profesional, se integra por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitadamente que una persona determinada cuenta con título para desempeñar una profesión y que por ello se ha emitido la respectiva patente. Para que el señor Gil Mejía pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele el documento consistente en el Título Profesional del Tesorero Municipal de Capulhuac, sin que se teste ninguno de sus elementos, lo cual resulta una carga desproporcionada que limita su derecho, afecta el ejercicio de control popular de los actos de gobierno, debilita el debate público informado que, a la larga, sólo puede contribuir al fortalecimiento de la sociedad democrática.


JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

Instituto Literario Pte. No. 510,
Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México

Calle de Pino Suárez s/n actualmente
Carretera Toluca - Ixtapan No. 111
Colonia La Michoacana, C.P. 52166
Metepec, Estado de México